

Arbeitsrecht Aktuell

Inhalt

I. Das Arbeitsrecht in der neuen Legislaturperiode	S. 1
II. Neues zum Begriff des Betriebsübergangs	S. 3
III. Arbeitsrechtliche Rechtsprechung	S. 7
Einzelfragen aus dem Arbeitsverhältnis	S. 7
Kündigung und Beendigung	S. 9
Betriebsverfassungsrecht und Mitbestimmung.....	S. 12
IV. Steuerrechtliches	S. 15
V. Kurzmitteilungen	S. 17
VI. Vorträge und Seminare	S. 18

Das Arbeitsrecht
in der neuen
Legislaturperiode

Neues zum
Begriff des
Betriebsübergangs

Wir freuen uns, Ihnen die erste Ausgabe von Arbeitsrecht Aktuell des Jahres 2010 zu präsentieren. Wir haben auch diesmal wieder arbeitsrechtlich spannende Themen und interessante gerichtliche Entscheidungen für Sie aufbereitet.

In unseren Hauptartikeln dieser Ausgabe befassen wir uns zum einen mit den Änderungen des Arbeitsrechts, die ausweislich des Koalitionsvertrages in der neuen Legislaturperiode zu erwarten sind. Zum anderen berichten wir über Neuerungen der Rechtsprechung zum Betriebsübergang.

Darüber hinaus finden Sie wie üblich aktuelle arbeitsrechtliche Entscheidungen zusammengefasst, u.a. zur Wirksamkeit von Bezugsnahmeklauseln auf die im Betrieb geltende Arbeitsordnung, zur außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung sowie zur Zustimmung des

18 Betriebsrats bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern. In unserer Rubrik „Steuerrechtliches“ berichten wir über für Arbeitgeber und Arbeitnehmer wichtige Entscheidungen des Bundesfinanzhofs, u.a. zum Zeitpunkt des Zuflusses bei Abfindungen.

I. Das Arbeitsrecht in der neuen Legislaturperiode

Am 26. Oktober 2009 unterzeichneten CDU, CSU und FDP den Koalitionsvertrag. In Kapitel I.3 zählt dieser die arbeitsmarktpolitischen und arbeitsrechtlichen Vorhaben der neuen Koalition auf. Demnach soll im Arbeitsrecht nur wenig geändert werden. Der Koalitionsvertrag sieht u.a. ein klares Bekenntnis zur Tarifautonomie, Änderungen im

Befristungsrecht, eine Dynamisierung der Grenze sozialversicherungsfreier Minijobs, Absichtserklärungen im Hinblick auf die Verantwortungskultur in Unternehmen, und eine Erhöhung der Erwerbsbeteiligung von älteren Arbeitnehmern vor. Unter Ziffer IV.3 finden sich zudem Planungen im Hinblick auf den Arbeitnehmerdatenschutz. Im Einzelnen:

- **Tarifautonomie/Gesetzlicher Mindestlohn**

Ziffer I.3.1 des Koalitionsvertrages sieht vor: „Einen einheitlichen gesetzlichen Mindestlohn lehnen wir ab.“ Begründet wird dies mit dem Bekenntnis von CDU, CSU und FDP zur Tarifautonomie. Diese habe als Ordnungsrahmen der sozialen Marktwirtschaft Vorrang vor staatlicher Lohnfestsetzung. Das Bekenntnis zur Tarifautonomie bedeutet jedoch nicht, dass die Koalition die bestehenden gesetzlichen Regelungen zum Mindestlohn abschaffen will. Diese Regelungen werden vielmehr „bis Oktober 2011 evaluiert“. Das Ergebnis dieser Evaluierung soll sodann als Grundlage für die Entscheidung dienen, ob die geltenden Mindestlohnregelungen Bestand haben oder aufgehoben werden. Der Koalitionsvertrag sieht weiterhin vor, dass „die Rechtsprechung zum Verbot sittenwidriger Löhne“ „gesetzlich festgeschrieben werden“ soll, um Lohndumping zu verhindern. Eine derartige Regelung wäre allerdings angesichts des ohnehin bestehenden Verbots sittenwidriger Verträge (§ 138 Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) überflüssig. Eine Änderung des ohnehin geltenden Rechts wird mit dieser Absichtserklärung also nicht bezweckt.

- **Befristete Beschäftigungsverhältnisse**

Der Koalitionsvertrag stellt fest, dass das generelle Vorbeschäftigungsverbot für sachgrundlos befristete Einstellungen Anschlussbeschäftigungsverhältnisse erschwert, und zwar insbesondere dann, wenn während der Schule,

der Ausbildung oder dem Studium bei einem Arbeitgeber schon einmal befristet gearbeitet worden ist. Der Koalitionsvertrag sieht daher vor, das Befristungsrecht dergestalt umzugestalten, **dass die sachgrundlose Befristung nach einer Wartezeit von einem Jahr auch dann möglich ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.** Mit einer solchen Neuregelung sollen einerseits die Beschäftigungschancen für Arbeitnehmer verbessert werden, andererseits weiterhin Kettenbefristungen verhindert werden.

- **Minijobs**

Im Hinblick auf die so genannten sozialversicherungsfreien „Minijobs“ sieht der Koalitionsvertrag lediglich vor, dass eine „Erhöhung und Dynamisierung der Grenze sozialversicherungsfreier Minijobs“ geprüft werden soll. Zudem sollen bei den Hinzuverdienstregelungen die Arbeitsanreize gestärkt werden. Welche gesetzlichen Regelungen hieraus im Einzelnen resultieren, bleibt abzuwarten.

- **Verantwortungskultur in Unternehmen**

Der Koalitionsvertrag enthält zahlreiche Absichtserklärungen zur Verantwortungskultur in Unternehmen. Er sieht u.a. vor, dass die Parteien in Gespräche über die Größe von Aufsichtsräten eintreten wollen. Darüber hinaus soll neben dem Corporate Governance Codex für Vorstände auch ein **Ehrenkodex für Betriebsräte** entwickelt werden. Der Koalitionsvertrag nennt als Beispiel einer Regelung eines solchen Ehrenkodex' das Recht der Betriebsversammlung auf Offenlegung der an Betriebsratsmitglieder gezahlten Aufwendungen.

- **Ältere Arbeitnehmer**

Die Koalition will staatliche Anreize zur faktischen Frühverrentung beseitigen. Der Koalitionsvertrag lehnt daher eine

Verlängerung der staatlich geförderten Altersteilzeit über den 31. Dezember 2009 hinaus ab.

Der Vertrag sieht zudem vor, dass CDU, CSU und FDP „jegliche Form der Altersdiskriminierung“ ablehnen und daher **„den Wegfall der beruflichen Altersgrenzen prüfen“** werden. Diese Aussage des Koalitionsvertrages ist recht unklar. Altersgrenzen, die auf den Bezug regulärer gesetzlicher Renten abstellen, sind schließlich keine Diskriminierungen, sondern gerechtfertigte Ungleichbehandlungen. Ob in der neuen Legislaturperiode tatsächlich festgeschrieben wird, dass individual- und tarifvertragliche Altersgrenzen unwirksam sind und Arbeitsverhältnisse daher nicht mehr mit Erreichen des Renteneintrittsalters enden, bleibt abzuwarten.

- **Arbeitnehmerdatenschutz**

Ausweislich Ziffer IV.3 des Koalitionsvertrages setzt sich die Koalition für eine „Verbesserung des Arbeitnehmerdatenschutzes“ ein. Sie will einerseits Mitarbeiter vor Bespitzelungen an ihrem Arbeitsplatz wirksam schützen, andererseits aber auch praxismgerechte Regelungen für Bewerber und Arbeitnehmer schaffen. Um dies herbeizuführen, soll der Arbeitnehmerschutz in einem eigenen Kapitel im Bundesdatenschutzgesetz ausgestaltet werden. Es ist also davon auszugehen, dass der noch im Wahlkampf neu geschaffene § 32 Bundesdatenschutzgesetz durch eine Neuregelung ersetzt werden wird.

- **Arbeitsrechtliche Probleme, die im Koalitionsvertrag nicht erwähnt werden**

Zahlreiche Probleme, die sich in der arbeitsrechtlichen Praxis regelmäßig stellen, werden im Koalitionsvertrag nicht angesprochen. Dies gilt beispielsweise für die den Arbeitgeber derzeit sehr einseitig belastende AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen. Der Koalitionsvertrag

enthält auch keine Aussagen zu einer Ausschlussfrist für den Widerspruch im Fall eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB. Und auch die seit der Wiedervereinigung diskutierte Idee der Verwirklichung eines Arbeitsvertragsgesetzbuchs, in dem das gesamte Arbeitsrecht einheitlich kodifiziert werden soll, wird im Koalitionsvertrag nicht angesprochen. Es ist also davon auszugehen, dass dieses Projekt in der neuen Legislaturperiode nicht in Angriff genommen wird.

christian.mueller@lw.com

II. Neues zum Begriff des Betriebsübergangs

Ein Betriebsübergang im Sinne von § 613a BGB erfordert die Übertragung einer wirtschaftlichen Einheit auf einen anderen Inhaber im Rahmen rechtsgeschäftlicher Beziehungen. Auf Veräußerseite bedarf es des Übergangs einer organisatorischen Einheit, auf Erwerberseite deren tatsächlicher Fortführung. Die Präzisierung des Betriebsübergangsbegriffs im Sinne von § 613a BGB ist stetigen Änderungen durch die Rechtsprechung unterworfen. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) und der Europäische Gerichtshof (EuGH) haben den Begriff des Betriebsübergangs in den vergangenen zwei Jahrzehnten immer wieder modifiziert. Der EuGH, dem die Deutungshoheit über die Auslegung der EG-Richtlinien zusteht, auf deren Grundlage die aktuelle Fassung des § 613a BGB beruht, hat insoweit „das letzte Wort“. Beide Gerichte betonen, die Frage nach dem Vorliegen eines Betriebsübergangs könne stets nur abhängig vom konkreten Einzelfall im Rahmen einer wertenden Betrachtung beurteilt werden. Eine aktuelle Entscheidung des EuGH aus Februar 2009 bringt Bewegung in die Bemühungen der deutschen Rechtsprechung, verlässliche Leitlinien bezüglich des Betriebsübergangsbegriffs aufzustellen.

- **Übergang einer wirtschaftlichen Einheit**

Die wirtschaftliche Einheit, die zum Zwecke des Betriebs- oder Betriebsteilübergangs übergehen muss, wird herkömmlich definiert als organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit Zielsetzung (BAG, Urt. v. 22. Januar 2009, Az. 8 AZR 158/07). Der EuGH hat einen „**7-Punkte-Katalog**“ aufgestellt, nach dessen Kriterien festzustellen ist, ob ein Betriebsübergang vorliegt: **Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs, etwaiger Übergang materieller Betriebsmittel wie Gebäude oder bewegliche Güter, Wert der immateriellen Aktiva, etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft, etwaiger Übergang der Kundschaft, Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang ausgeübten Tätigkeiten sowie die Dauer einer möglichen Tätigkeitsunterbrechung** (EuGH, Urt. v. 24. Januar 2002, Az. C-51/00 – Temco). Übernimmt der Erwerber etwa einen Betrieb samt Produktionsmaschinerie (Betriebsmittel) und Angestellten (Personal), ist diese wirtschaftliche Einheit im Sinne des § 613a BGB übergegangen.

Ebenso gibt es aber Betriebe, die über keinerlei oder nur wenig Betriebsmittel verfügen, etwa weil eine Dienstleistung im Vordergrund steht (Beispiel: Gebäudereinigung). Während bei **betriebsmittelgeprägten** Tätigkeiten bereits die bloße Übernahme der Betriebsmittel (etwa Produktionsanlagen) einen Betriebsübergang bedingen kann, setzt dessen Annahme bei **betriebsmittelarmen** Tätigkeiten voraus, dass der Erwerber einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der in der wirtschaftlichen Einheit tätigen Arbeitnehmer übernimmt. Wie hoch diese Zahl liegen muss, hängt von Art und Qualifikation der betriebsmittelarmen Tätigkeit ab: Nach der Rechtsprechung reicht etwa die Übernahme von nur 60 % des Personals, die einer einfachen

Reinigungstätigkeit nachgehen, für einen Betriebsübergang ebenso wenig aus wie die Übernahme von 75 % der Belegschaft eines Hol- und Bringdienstes.

Das Fazit bis hierher: Überträgt der Veräußerer eine **engerichtete Arbeitsorganisation**, so dass sich der Erwerber – wie das BAG formuliert – „ins gemachte Bett“ legt, ist ein Übergang der wirtschaftlichen Einheit zu bejahen (BAG, Urt. v. 24. August 2006, Az. 8 AZR 317/05). Ein bloßer Dienstleistungsauftrag, der von einem Dritten übernommen wird, stellt – wie der EuGH und das BAG übereinstimmend urteilen – hingegen keine übergangsfähige wirtschaftliche Einheit dar.

- **Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit**

Die wirtschaftliche Einheit muss jedoch nicht lediglich übergehen. Vielmehr muss sie unter **Wahrung ihrer Identität übergehen**, damit ein Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB angenommen werden kann. Was hierunter zu verstehen ist, hat das BAG in zwei jüngeren Entscheidungen verdeutlicht. In der **Bistrowagen-Entscheidung** (BAG, Urt. v. 6. April 2006, Az. 8 AZR 249/04) war die bisherige Auftragnehmerin dafür zuständig, Betrieb von Bistroabteilen in 16 Interregio-Zügen der Deutschen Bahn AG auf der Strecke Weimar/Erfurt nach Düsseldorf/Dortmund zu gewährleisten. Im Zuge eines Fahrplanwechsels zog die Deutsche Bahn AG die diesbezügliche Bewirtschaftung auf dieser Strecke wieder an sich, änderte jedoch die organisatorischen Rahmenbedingungen. Anstelle der Interregio-Züge wurden nunmehr ICE- und IC-Züge eingesetzt, die zusätzlich auf längeren Strecken verkehrten. Die Bahn integrierte die Bewirtschaftung der Strecke damit in ihr allgemeines Bewirtschaftungssystem. Das BAG verneinte daraufhin das Vorliegen eines Betriebsübergangs mit Hinweis darauf, dass es an der unveränderten Fortführung der wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung deren Identität fehle.

Ein **organisatorisch abgrenzbarer Betrieb oder Betriebsteil** sei innerhalb der Bewirtschaftung aller ca. 800 Züge der Deutschen Bahn nicht mehr auszumachen.

Ähnlich urteilte das BAG im **Facility-Management-Fall** (BAG, Urt. v. 14. August 2007, Az. 8 AZR 1043/06). Dort hatte ein Universitätsklinikum einer Auftragnehmerin das Facility Management in einem bestimmten Teilbereich des Klinikums übertragen und ihr zu diesem Zwecke Büro-, Aufenthalts-, Lager- und Werkstatträume sowie Wasser, Elektrizität und Software für Reparaturaufträge zur Verfügung gestellt. Das Klinikum gründete in der Folge ein eigenes Dienstleistungsunternehmen, das es unter anderem mit der Erbringung der technischen Gebäudedienste im gesamten Klinikbereich beauftragte. Der Vertrag mit der bisherigen Auftragnehmerin war zuvor gekündigt worden. Die neue Dienstleisterin beschäftigte neun der insgesamt 19 Arbeitnehmer der bisherigen Auftragnehmerin weiter. Da diese in die **neue Organisationsstruktur** mit 1900 Arbeitnehmern **eingebunden** und überall im gesamten Klinikum eingesetzt wurden, verneinte das BAG das Vorliegen eines Betriebsübergangs mit Hinweis auf das Identitätskriterium.

- **Bislang: Übernahme der organisatorischen Einheit erforderlich**

Die Rechtsprechung des BAG zum Identitätskriterium liest sich daher bislang wie folgt: Die wirtschaftliche Identität eines Betriebs soll nicht erhalten bleiben, wenn der neue Auftragnehmer die Aufgabe mit einer wesentlich veränderten organisatorischen Zusammenfassung von Ressourcen erfüllt und sie bei ihm nur noch einen (kleinen) Teilbereich einer wesentlich größeren Aufgabenstellung darstellt. Bistrowagen- und Facility-Management-Entscheidung des BAG legen den Schluss nahe, ein Betriebsübergang – und die aus diesem folgenden rechtlichen Pflichten – könne

immer dann verhindert werden, wenn der **organisatorische Zusammenhang der bisherigen wirtschaftlichen Einheit aufgelöst wird**.

Dies ermöglicht eine gezielte Gestaltung der Rechtslage: Ist eine Übernahme der Produktionsfaktoren (Kundenstamm, Know-How, etc.), nicht aber der (gesamten) Mitarbeiter beabsichtigt, bringt der Erwerber die gewollten Komponenten in seine eigenen Strukturen ein, löst also die bisherige Organisation auf („**identitätszerstörende Eingliederung**“). Den betroffenen Mitarbeitern etwa wird es kaum möglich sein, den Betriebsübergang im Prozess substantiiert darzulegen. Mangels Vorliegen der Voraussetzungen eines Betriebsübergangs drohen zudem auch **keine Widersprüche** der übernommenen Arbeitnehmer, mit denen der Veräußerer eines Betriebs vor dem Hintergrund der hohen Anforderungen an das Unterrichtungsschreiben im Sinne des § 613a BGB teilweise monatelang rechnen muss.

- **Nunmehr: Übernahme einer „funktionellen Verknüpfung“ ausreichend**

Der geschilderten Rechtsauffassung zur Identitätswahrung ist der EuGH jedoch jüngst entgegengetreten (EuGH, Urt. v. 12. Februar 2009, Az. C-466/07 – Klarenberg). Ein Betriebsübergang im Sinne der maßgeblichen EG-Richtlinien soll danach auch dann vorliegen können, wenn der übertragene Betrieb **seine organisatorische Selbstständigkeit bei dem Betriebserwerber nicht bewahrt**.

Die neue EuGH-Entscheidung geht von folgendem Sachverhalt aus: Der Arbeitgeber betreibt ein Unternehmen, das sich mit der Fertigung von Produkten im Bereich der Mess- und Regeltechnik für die Stahlindustrie befasst. Der Arbeitgeber veräußert im Wege der Einzelrechtsnachfolge Teile des Unternehmens. Der Käufer erwirbt insbesondere Entwicklungshardware,

das Produktmaterialinventar sowie eine darauf bezogene Lieferanten- und Kundenliste. Außerdem werden mehrere Ingenieure übernommen. Die übernommenen Angestellten erledigen beim Käufer unter anderem auch Aufgaben im Zusammenhang mit Produkten, die dieser nicht vom Arbeitgeber erworben hat. Da die übernommenen Betriebsmittel und Arbeitnehmer bei dem Erwerber in eine deutlich größere **Organisationsstruktur eingegliedert** worden sind, zweifelte das vorlegende LAG Düsseldorf in Anwendung der Rechtsprechung des BAG die Annahme eines Betriebsübergangs an.

Dem tritt der EuGH in der Beantwortung der Vorlagefragen entgegen. Nach seiner Ansicht ist es nicht erforderlich, dass ein übertragener Unternehmens- oder Betriebsteil seine organisatorische Selbstständigkeit bei dem Betriebserwerber bewahrt, sofern die **„funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten wird und sie es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen“**. Die Auflösung der vormaligen wirtschaftlichen Einheit und die Eingliederung in einer vollkommen anderen Struktur führen nicht bereits dazu, dass die Betriebsübergangsrichtlinie keine Anwendung finden kann.

Zwar räumt der EuGH ein, das Kriterium der Organisation sei ein Bestandteil bei der Bestimmung der Identität einer wirtschaftlichen Einheit. Die Betriebsübergangs-Richtlinie 2001/23/EG betone in Art. 1 I lit. b jedoch nicht das Merkmal der Organisation, sondern das der Verfolgung einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Um eine weit reichende **Schutzwirkung der Richtlinie** zu gewährleisten, legt der EuGH dieses Merkmal dahin aus, dass zur Wahrung der Identität nur die **Beibehaltung einer funktionellen Verknüpfung zwischen den übertragenen Faktoren** erforderlich ist, die es dem Erwerber erlaubt,

derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen. Unerheblich soll dagegen sein, ob die übergegangene wirtschaftliche Einheit ihre Selbstständigkeit innerhalb der Struktur des Bewerbers bewahrt oder nicht. Es ist auch nicht erforderlich, dass der früher bestehende „Arbeitsplatz“ in seiner ursprünglichen Form weiterhin beim Erwerber vorhanden ist.

• Konsequenzen für die Praxis

Das vom BAG formulierte handhabbare Kriterium der Eingliederung von Betriebsmitteln kann in der bisherigen Form wohl nicht aufrecht erhalten werden. Der Weg scheint zurück in die Anfänge der Rechtsprechung zum Betriebsübergang zu gehen. Denn der EuGH greift ausdrücklich seine ursprünglich vertretene Auffassung auf, ein Betriebsübergang könne auch dann vorliegen, wenn der Erwerber lediglich die **gleiche oder eine gleichartige wirtschaftliche Tätigkeit** wie der ursprüngliche Betriebsinhaber fortführt (EuGH, Urt. v. 14. April 1994, Az. C-392/92 – Christel Schmidt). Es soll wohl nicht mehr auf den Fortbestand eines bestimmten Arbeitsplatzes, sondern auf die **Möglichkeit der Ausübung einer gleichartigen Tätigkeit beim Betriebserwerber** ankommen.

Will der Erwerber eines Betriebs den Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB ausschließen, reicht die Zerschlagung der vormaligen betrieblichen Strukturen bei gleichzeitiger Eingliederung in anderweitige Arbeitsabläufe allein also wohl nicht mehr aus. Es gilt: **Die Produktionsfaktoren, die für den bisherigen Betrieb entscheidend waren, dürfen nach dessen Übernahme in ihrer bisherigen Funktion nicht mehr genutzt werden.** Profitiert der Betriebsübernehmer von den funktionellen Strukturen des bisherigen Betriebs, muss er davon ausgehen, dass die deutsche Rechtsprechung in Anwendung der Grundsätze des EuGH-Urteils einen Betriebsübergang im

Sinne des § 613a BGB annimmt. Wann präzise die Nutzung der „funktionellen Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren“ in einem neuen Produktionszusammenhang einen derartigen Grad erreicht, dass von einem Betriebsübergang auszugehen ist, definiert der EuGH in dem Urteil nicht. Es ist bislang also unklar, was als Identitätswahrung ausreicht und was nicht. Die **Abgrenzung** zur unstreitig nicht von § 613a BGB bzw. der Betriebsübergangsrichtlinie erfassten reinen **Betriebsmittelübertragung** und bloßen **Funktionsnachfolge** gerät nunmehr schwierig. Eindeutig ist lediglich, dass die Aufgabe einer bestimmten Betriebsorganisation einem Betriebsübergang nicht entgegensteht.

- **Fazit: Begriff des Betriebsübergangs im Fluss**

Die rechtliche Bewertung des Betriebsübergangsbegriffs hat damit an Vorhersehbarkeit verloren. Bis das BAG die vom EuGH neu entwickelten vagen Kriterien zu präzisieren versucht bzw. der EuGH selbst mit einem klarstellenden Judikat korrigierend eingreift, bleiben gerichtliche Entscheidungen in Grenzfällen der Identitätswahrung nur **schwer zu prognostizieren**. Denn immer droht das Argument, der Schutzzweck der Richtlinie bzw. des § 613a BGB könne auch im zu entscheidenden Einzelfall beeinträchtigt werden. Der Praktiker muss konstatieren, dass es sich bei der Rechtsprechung zum Betriebsübergangsbegriff letztlich um eine schwer systematisierbare Ansammlung von Einzelfallentscheidungen handelt.

daniel.stolz@lw.com

III. Arbeitsrechtliche Rechtsprechung

Einzelfragen aus dem Arbeitsverhältnis

- **Befristete Erhöhung der Arbeitszeit**

Das BAG entschied mit Urteil vom 2. September 2009 (Az. 7 AZR 233/08) erneut über die Zulässigkeit einer befristeten Aufstockung der Arbeitszeit in einem Formulararbeitsvertrag. Das Gericht bestätigt dabei seine bisherige Rechtsprechung, entwickelt diese aber zugleich auch weiter. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger war ein in Teilzeit beschäftigter Redakteur. Er war ursprünglich mit 50 % der üblichen Wochenarbeitszeit eingestellt worden. In den Folgejahren vereinbarte er allerdings mit seiner Arbeitgeberin – der Beklagten – immer wieder die Erhöhung seiner Arbeitszeit, jedoch stets nur für befristete Zeiträume. Im Jahr 2005 bat er die Beklagte sodann zu prüfen, ob eine Aufstockung seiner Arbeitszeit auf „75 oder sogar 100 %“ erfolgen könne. Diese bot ihm daraufhin im Dezember 2005 eine bis Ende 2006 befristete Aufstockung auf 75 % an; eine Arbeitskollegin des Klägers war für diesen Zeitraum von der Arbeit freigestellt worden. Der Kläger stimmte zu. Gleichzeitig brachte er zum Ausdruck, dass er sich auch über eine befristete Aufstockung auf 100 % freuen würde. Darüber hinaus bat er zu klären, ob eine unbefristete Aufstockung ab Januar 2007 möglich sei. Im April 2006 teilte die Beklagte dem Kläger schließlich per vorformuliertem Standardschreiben mit, sein Antrag auf befristete Aufstockung der Arbeitszeit auf 100 % bis Ende 2006 sei genehmigt worden. Nachdem die Parteien sich nicht über eine abermalige Arbeitszeiterhöhung ab Januar 2007 einigen konnte, beantragte der Kläger bei Gericht die Feststellung, dass zwischen den Parteien über den 31. Dezember 2006 hinaus ein unbefristetes Vollzeitverhältnis besteht.

Das BAG hat – wie auch die Vorinstanzen – die Klage abgewiesen. Dabei trifft das Gericht zunächst die praktisch bedeutsame **Aussage, dass bei einer**

ausschließlich kalendermäßigen Befristung einer Arbeitszeiterhöhung der Grund für die Befristung nicht schriftlich vereinbart werden muss.

Es genüge, wenn die Parteien das Beendigungsdatum im Vertrag festgelegt hätten. Die Grundsätze für Widerrufsvorbehalte – dort muss der Widerrufgrund zwingend in der Klausel angegeben werden – lassen sich also nicht auf Teilbefristungen übertragen. Die formellen Anforderungen, die an entsprechende Vereinbarungen zu stellen sind, hat das BAG damit deutlicher als bisher herausgearbeitet.

In Bezug auf die **inhaltliche Überprüfung** der Arbeitszeiterhöhung stellt das BAG – wie schon in bisherigen Urteilen – fest, dass sich diese nicht am Maßstab des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) vollzieht. Ob der gesamte Arbeitsvertrag befristet werden soll (dann greift das TzBfG) oder bloß eine einzelne Vertragsbedingung (hier: die Arbeitszeitdauer) sind also zwei unterschiedliche Dinge. Letztgenannte Teilbefristungen sind primär am **Maßstab des AGB-Rechts**, d.h. des § 307 BGB zu messen. Allerdings gilt auch dort, dass ein unbefristet teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer durch die Befristung einer Arbeitszeiterhöhung regelmäßig dann nicht unangemessen benachteiligt wird, wenn die Befristung auf Umständen beruht, die die Befristung des Arbeitsvertrages insgesamt nach § 14 Abs. 1 TzBfG sachlich rechtfertigen könnten.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn **außergewöhnliche Umstände** vorliegen, die eine befristete Aufstockung der Arbeitszeit trotz Vorliegens eines Sachgrundes ausnahmsweise als unangemessen erscheinen lassen. Auch hier liefert das BAG Neues: Diese könnten nach Ansicht des Gericht nämlich z.B. darin bestehen, dass der Arbeitnehmer vor Abschluss des befristeten Vertrages seinen Wunsch angezeigt hat, die Arbeitszeit in seinem unbefristeten Arbeitsverhältnis zu erhöhen, und der Arbeitgeber ihm dauerhaft verfügbare

Zeitanteile entgegen § 9 TzBfG nicht zugewiesen hat.

tobias.leder@lw.com

• **Bezugnahme auf jeweils gültige Fassung einer Arbeitsordnung**

Viele Unternehmen führen sog. Arbeits- und Sozialordnungen ein, die wesentliche Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer beinhalten. In den Arbeitsverträgen der Arbeitnehmer wird sodann zumeist auf die „jeweils gültige Fassung“ der Arbeits- und Sozialordnung Bezug genommen, womit sich der Arbeitgeber die Änderung der Arbeits- und Sozialordnung vorbehält.

Das BAG hat mit Urteil vom 11. Februar 2009 (Az. 10 AZR 222/08) nunmehr festgestellt, dass es sich bei derlei Bezugnahmen auf die jeweils gültige Fassung eines vom Arbeitgeber vorgegebenen Regelwerks um ein einseitiges Vertragsänderungsrecht des Arbeitgebers handelt, das den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen kann. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Arbeitgeber in den von ihm verwendeten Arbeitsverträgen Bezug genommen auf eine Arbeits- und Sozialordnung, die in ihrer jeweils gültigen Fassung auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden sollte. Die Arbeits- und Sozialordnung regelte wesentliche Arbeitsbedingungen wie etwa Schicht-, Feiertags- und Nachtzuschläge, die Urlaubsdauer und das Urlaubsentgelt.

Bei der **Bezugnahme Klausel im Arbeitsvertrag** handelte es sich dem BAG zufolge um **Allgemeine Geschäftsbedingungen** i.S.d. §§ 305 ff. BGB. Denn sie war einseitig vom Arbeitgeber vorgegeben und für eine Vielzahl von Anwendungsfällen vorformuliert. Eine solche Bezugnahme auf Regelwerke ist grundsätzlich zulässig. **Die Bezugnahme auf die „jeweils gültige Fassung“ einer Arbeits- und Sozialordnung hielt dagegen**

der Inhaltskontrolle des BAG nicht stand. Denn sie stellt inhaltlich ein Vertragsänderungsrecht des Arbeitgebers dahingehend dar, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorformulierten und mit dem Arbeitnehmer vereinbarten Arbeitsbedingungen zu einem späteren Zeitpunkt einseitig abzuändern.

Ein solcher **einseitiger**

Abänderungsvorbehalt stellt dem BAG zufolge eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB dar. Eine Abweichung von Rechtsvorschriften ist nach ständiger Rechtsprechung des BAG jedenfalls dann unzulässig, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer zumutbar ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn für die Änderung ein triftiger Grund vorliegt und dieser bereits in der Änderungsklausel beschrieben ist. Danach ist der einseitige Abänderungsvorbehalt des Arbeitgebers unwirksam, wenn es an der **Nennung eines triftigen Grundes** für die möglichen Änderungen in dem in Bezug genommenen Regelungswerk oder in der Bezugnahmeklausel fehlt. Eine **geltungserhaltende Reduktion kommt nicht in Betracht.** Unwirksame Klauseln sind grundsätzlich nicht auf einen mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vereinbarenden Regelungsgehalt zurückzuführen. Vielmehr gelten die gesetzlichen Bestimmungen anstelle der unwirksam in Bezug genommenen Regelungssachverhalte.

Fazit dieser Entscheidung ist, dass sog. Arbeits- und Sozialordnungen, wie sie in vielen Unternehmen bestehen, nicht den Zweck erfüllen, für den sie zumeist aufgesetzt sind: Sie sind in der Regel – entgegen den Erwartungen des Arbeitgebers – nicht einseitig abänderbar und damit nach Belieben an arbeitgeberseits gesehene aktuelle wirtschaftliche Entwicklungen anpassbar. Vielmehr bedarf es

ausgefeilter Formulierungen für (zumeist schwer vorhersehbare) wirtschaftliche Veränderungen, unter denen solcherlei Regelungswerke ausnahmsweise abgeändert werden dürfen. Vielfach muss sich der Arbeitgeber aber auch der Situation ausgesetzt sehen, dass eine Abänderung seines Regelungswerks arbeitsrechtlich nicht zulässig ist.

norma.studt@lw.com

Kündigung und Beendigung

- **Außerordentliche Kündigung und Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG**

Der beklagte Arbeitgeber beschloss die Verlegung seines Sitzes von Bonn nach Berlin. Dazu vereinbarte er einen **Interessenausgleich mit Namensliste** nach § 1 Abs. 5 Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Darauf ist der **Kläger** erwähnt. Er ist **ordentlich unkündbar** gemäß der §§ 53 Abs. 3, 55 Abs. 2 **BAT**. Der **Arbeitgeber** sprach eine **außerordentliche Änderungskündigung** mit sozialer Auslaufzeit aus und bot dem Kläger die Weiterbeschäftigung in Berlin zu im Übrigen unveränderten Bedingungen an. Der Kläger nahm das Änderungsangebot unter Vorbehalt an, erhob Änderungskündigungsklage und verlangte vorläufige Weiterbeschäftigung in Bonn.

Das BAG gab der Kündigungsschutzklage in einer Entscheidung vom 28. Mai 2009 (Az.: 2 AZR 844/07) statt und wies den Weiterbeschäftigungsantrag zurück. Zwar habe der Senat „in extremen Ausnahmefällen“ eine außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung mit Auslaufzeit ungeachtet des Sonderkündigungsschutzes des BAT zugelassen. Auch sei die hier vorliegende Konstellation (Verlegung des Sitzes des Arbeitgebers) grundsätzlich geeignet, einen solchen Extremfall darzustellen. Vorliegend hätten jedoch Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in Bonn bestanden. Die **Vermutungswirkung**

des § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG dürfe der Arbeitgeber nicht in Anspruch nehmen. Denn - **so erstmalig das BAG** - auf **außerordentliche Änderungs- oder Beendigungskündigungen** finde diese Privilegierung **keine Anwendung.** Würde § 1 Abs. 5 KSchG auch für außerordentliche Kündigungen gelten, so könnte der Arbeitgeber durch Abschluss eines Interessenausgleiches mit Namensliste den Sonderkündigungsschutz ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer entwerten. Der Weiterbeschäftigungsantrag war zurückzuweisen. Denn bei einer unter Vorbehalt angenommenen Änderungskündigung sei der Arbeitgeber grundsätzlich nicht aufgrund des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs verpflichtet, den Arbeitnehmer vorläufig zu den bisherigen Bedingungen weiter zu beschäftigen. Der Arbeitnehmer gäbe nämlich durch die Vorbehaltsannahme zu erkennen, dass ihm zunächst die Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen zumutbar erscheine.

Im Ergebnis verneint der 2. Senat die Anwendbarkeit der Privilegierung des § 1 Abs. 5 KSchG auf Fälle der außerordentlichen Kündigung zu Recht. Dass diese **Privilegierung jedoch** auf die **ordentliche Änderungskündigung Anwendung findet**, hat der **Senat bereits zuvor entschieden** (BAG 19. Juni 2007, Az. 2 AZR 304/06). Bedeutsam an der Entscheidung ist auch die nochmalige Bestätigung des Senats, dass jedenfalls in Ausnahmefällen auch betrieblich bedingte Kündigungen gegenüber solchen Arbeitnehmern wirksam ausgesprochen werden dürfen, deren Arbeitsverhältnis eigentlich unter den Sonderkündigungsschutz des BAT fällt. Zwar ist dieser **umfassende Kündigungsschutz des BAT durch** die Folgeregelungen im **TVöD** zwischenzeitlich **abgelöst.** Beschäftigte, die den in Rede stehenden Sonderkündigungsschutz jedoch gemäß BAT erworben hatten, können sich auch

weiterhin auf dessen Regelungen berufen, § 34 Abs. 2 S. 2 TVöD. Die Aussagen des BAG bleiben daher von Bedeutung.

Aussagen enthält die Entscheidung letztlich auch zum **Verhältnis von Änderungskündigung und direktionsrechtlicher Weisung.** Der Senat konnte offen lassen, ob die Umdeutung eines unwirksamen Änderungsangebotes in eine vom Direktionsrecht gedeckte Weisung stets ausgeschlossen sei, wie dies vertreten wird. Jedenfalls, so der Senat, würde eine solche **Umdeutung** nach § 140 BGB voraussetzen, dass der Erklärungsempfänger erkennen konnte, dass der Erklärende das Änderungsangebot notfalls als Weisung verstanden wissen wollte. Wenn der Kündigende sich also unsicher ist, ob die Maßnahme noch vom Direktionsrecht gedeckt ist und er vorsorglich eine Änderungskündigung ausspricht, so ist angesichts dieses Hinweises des Senats zu empfehlen, in den Text der Änderungskündigung aufzunehmen, dass diese ggf. als zulässige direktionsrechtliche Weisung verstanden sein solle.

stefan.lunk@lw.com

• **Auflösungsantrag und spätere Kündigung**

Die Parteien stritten über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Nachdem die Beklagte zunächst zum 31. August 2004 gekündigt hatte, kündigte sie erneut außerordentlich und hilfsweise ordentlich zum 13. Oktober 2004 und 20. Januar 2005. In dem sich anschließenden Prozess beantragte die Beklagte Klagabweisung und hilfsweise, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung gemäß §§ 9, 10 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) zum 31. August 2004, hilfsweise 15. November 2004 bzw. äußerst hilfsweise 28. Februar 2005 aufzulösen. Die beiden letztgenannten Daten entsprachen dem Ablauf der ordentlichen Kündigungsfristen bezüglich der Kündigungen vom 13. Oktober 2004

und 20. Januar 2005. Nachdem das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen hatte, urteilte das Landesarbeitsgericht (LAG), das Arbeitsverhältnis sei zwar nicht durch die Kündigung vom 30. Juli 2004 aufgelöst worden, sondern durch die Kündigung vom 13. Oktober 2004 mit Wirkung zum 15. November 2004. Die weitergehenden Feststellungsanträge wies das LAG zurück und entschied nicht über den Auflösungsantrag. Die Beklagte meinte, das LAG hätte über den Auflösungsantrag entscheiden müssen, soweit eine Beendigung per 31. August 2004 beantragt war. Denn bei Begründetheit dieses Auflösungsantrages wäre das Beschäftigungsverhältnis vor dem 15. November 2004 beendet gewesen.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) schloss sich dieser Auffassung in einer Entscheidung vom 28. Mai 2009 (Az.: 2 AZR 282/08) an. Das **LAG durfte den Feststellungsantrag gegen die Kündigung vom 13. Oktober 2004 nicht behandeln, ohne vorher zu klären**, ob das **Arbeitsverhältnis wegen des Auflösungsantrages** nicht bereits zu einem **früheren Zeitpunkt beendet** worden war. Denn es ist regelmäßig ausgeschlossen, über einen Kündigungsschutzantrag, der eine spätere Kündigung betrifft, eher zu entscheiden als über einen zeitlich vorgehenden Auflösungsantrag. Da das Revisionsgericht die Auflösungsgründe und Bewertungen nicht erstmalig selbst vornehmen darf, musste das BAG die Sache an das LAG zurückverweisen. Dabei müsse das LAG bei der Gewichtung der Auflösungsgründe und bei der Höhe der festzusetzenden Abfindung die voraussichtliche Dauer des Arbeitsverhältnisses und den wahrscheinlichen Ausgang des Rechtsstreites über den nachgehenden Beendigungstatbestand berücksichtigen.

Die Entscheidung stellt klar, dass ein Auflösungsantrag materiell und prozessual kein Beendigungstatbestand

„zweiter Klasse“ ist. Denn ist der Auflösungsantrag begründet, so beendet er das Arbeitsverhältnis zu dem Auflösungszeitpunkt. Dem ist zuzustimmen.

Der Auflösungsantrag ist ein in der Praxis selten genutztes Gestaltungsmittel. Dies mag daran liegen, dass die Gerichte sich schwer tun, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, obgleich die zugrunde liegende Kündigung sozialwidrig ist. In der Praxis werden Auflösungsanträge häufig auf ein Verhalten gestützt, welches der jeweilige Gegner erst im Laufe des Kündigungsschutzprozesses an den Tag legt.

stefan.lunk@lw.com

• **Sperrzeit beim Widerspruch gegen Betriebsübergang?**

Gemäß § 144 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch (SGB) III ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld für die Dauer einer Sperrzeit, wenn der Arbeitnehmer das Beschäftigungsverhältnis gelöst und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat.

Nach einer Pressemitteilung hat das Bundessozialgericht (BSG) mit Urteil vom 8. Juli 2009 (Az. B 11 AL 17/08 R) festgestellt, dass jedenfalls ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis nach Widerspruch gegen einen Betriebsteilübergang betriebsbedingt bei dem bisherigen Arbeitgeber gekündigt wird, keine Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe erhält.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger war bei seinem bisherigen Arbeitgeber in einem Betriebsteil beschäftigt, den dieser an einen anderen Arbeitgeber veräußerte. Der Kläger **widersprach dem Betriebsteilübergang** gemäß § 613 a BGB schriftlich ohne Angabe von Gründen mit der Folge, dass sein Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber bestehen blieb. Weil der bisherige Arbeitgeber nach der Übertragung des Betriebsteils,

in dem der Arbeitnehmer beschäftigt war, keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr für den Arbeitnehmer hatte, beendeten die Parteien das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gegen Zahlung einer Abfindung durch **Aufhebungsvertrag**. Die zuständige Agentur für Arbeit stellte anschließend den Eintritt einer Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe durch den Kläger fest.

Die vom Kläger dagegen erhobene Klage war in den Vorinstanzen erfolglos. Das BSG entschied in letzter Instanz, dass der **Widerspruch** eines Arbeitnehmers **gegen den Betriebs(teil)übergang als solcher keinen sperrzeitrelevanten Sachverhalt** darstellt. Allerdings hielt das BSG für Fallgestaltungen der vorliegenden Art an seiner Rechtsprechung fest, dass ein wichtiger Grund zur Lösung des Beschäftigungsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag nur besteht, wenn dem Arbeitnehmer anderenfalls objektiv rechtmäßig zum selben Zeitpunkt gekündigt worden und ihm die Hinnahme der Kündigung nicht zumutbar gewesen wäre. Dies wird dem BSG zufolge die Vorinstanz, das zuständige Landessozialgericht, noch zu klären haben. Diese wird insbesondere zu prüfen haben, ob der Arbeitnehmer den Aufhebungsvertrag trotz möglicher Weiterbeschäftigung entweder im Rahmen einer Sozialauswahl unter vergleichbaren Arbeitnehmern oder auf freien Arbeitsplätzen geschlossen hat und daher seine Arbeit i.S.d. § 144 Abs. 1 S. 1 SGB III aufgegeben hat.

Festzuhalten bleibt, dass nach wie vor **regelmäßig der Abschluss eines Aufhebungsvertrages einen für den Bezug von Arbeitslosengeld sperrzeitrelevanten Sachverhalt** darstellt. Der Widerspruch eines Arbeitnehmers gegen einen Betriebs(teil)übergang als solcher begründet aber per se keine Sperrzeit bei dem Bezug von Arbeitslosengeld, obgleich der Arbeitnehmer durch seinen Widerspruch regelmäßig damit rechnen muss, bei dem

bisherigen Arbeitgeber betriebsbedingt gekündigt zu werden.

norma.studt@lw.com

Betriebsverfassungsrecht und Mitbestimmung

• Mitbestimmung des Betriebsrats bei Beschwerdestelle nach AGG

Gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) haben Beschäftigte das Recht, sich bei der zuständigen Stelle des Betriebs, des Unternehmens oder der Dienststelle zu beschweren, wenn sie sich aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität benachteiligt fühlen. Gemäß § 12 Abs. 5 AGG hat der Arbeitgeber die zuständige Stelle bekannt zu machen.

Mit Beschluss vom 21. Juli 2009 (Az. 1 ABR 42/08) klärte das BAG, **in welchem Umfang dem Betriebsrat bei der Einführung und Ausgestaltung des Verfahrens einer Beschwerdestelle ein Mitbestimmungsrecht** nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) **zusteht**. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall machte der Betriebsrat des Arbeitgebers ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich des Orts der Errichtung und der personellen Besetzung der Beschwerdestelle geltend.

Das BAG war der Auffassung, dass dem Betriebsrat **kein Mitbestimmungsrecht** bei der Frage **zusteht, wo der Arbeitgeber die Beschwerdestelle errichtet und wie er diese personell besetzt**. Hierbei handele es sich, so das BAG, um mitbestimmungsfreie organisatorische Entscheidungen. Führt der Arbeitgeber allerdings ein **bestimmtes Verfahren** ein, nach dem die Arbeitnehmer ihr Beschwerderecht nach dem AGG wahrnehmen können, so hat **der Betriebsrat** nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

bei der Einführung und Ausgestaltung des Verfahrens mitzubestimmen.

Errichtet der Arbeitgeber eine **überbetriebliche Beschwerdestelle**, was er dem BAG zufolge ohne Mitbestimmung des Betriebsrats darf, so steht das Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens nicht dem örtlichen Betriebsrat, sondern dem **Gesamtbetriebsrat** zu.

norma.studt@lw.com

• Prokurist als leitender Angestellter

Eine Bank mit ca. 440 Mitarbeitern stellte einen **Leiter der Revision** ein. Der Arbeitsvertrag lautete auszugsweise, der Mitarbeiter sei „leitender Angestellter“ und verfüge über die organisatorische und personelle Verantwortung für den Bereich Revision, dem 6,5 Stellen zugeordnet waren. Er sei diesen Mitarbeitern gegenüber weisungsbefugt und berechtigt, sie nach vorheriger „Abstimmung mit dem Vorstand einzustellen und zu entlassen“. Er erhielt Prokura und war u. a. verantwortlich für die Kreditstrategie, die Beurteilung der generellen Risikostrategie nach Vorgaben der BAFin und wurde Mitglied der erweiterten Geschäftsleitung, die aus vier Vorstandsmitgliedern und acht weiteren Mitarbeitern bestand. Nachdem die Bank den Betriebsrat nach § 105 BetrVG über die Einstellung eines **leitenden Angestellten**, jedoch nicht nach § 99 BetrVG informiert hatte, beantragte der Betriebsrat gemäß § 101 BetrVG, die Bank zu verpflichten, die Beschäftigung des Mitarbeiters bei Zwangsgeldandrohung zu unterlassen.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschied mit Beschluss vom 25. März 2009 (Az.: 7 ABR 2/08), das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht angenommen, der Mitarbeiter sei leitender Angestellter nach § 5 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 1 BetrVG. Der Senat könne nicht beurteilen, ob Nr. 3 dieser Norm erfüllt sei. Deshalb sei der Rechtsstreit zurückzuverweisen. Der Senat setzte

sich mit dem Leitenden-Begriff in Nr. 2 auseinander. Ausschlaggebend für die Zuordnung eines Prokuristen seien nicht nur die mit der **Prokura** verbundenen formellen Vertretungsbefugnisse im Außenverhältnis, sondern auch die damit verbundenen unternehmerischen Aufgaben. Anders als bei leitenden Angestellten nach Nr. 3 dürften sich diese unternehmerischen Führungsaufgaben nicht in der Wahrnehmung von **Stabsfunktionen** erschöpfen. Denn deren Entscheidungen komme im Gegensatz zu denjenigen eines Angestellten in **Linienfunktionen** keine unmittelbare Außenwirkung zu. Für Stabsaufgaben habe die Prokura daher, ebenso wie bei Titularprokuristen, keine sachliche Bedeutung. Er sei kein leitender Angestellter gemäß Nr. 1, da er nicht zur selbständigen Einstellung und Entlassung befugt war. Die **Ausübung der Personalkompetenz dürfe** nämlich **nicht von der Zustimmung anderer Personen abhängig** sein. Dies war hier jedoch aufgrund der Notwendigkeit der vorherigen Abstimmung mit dem Vorstand der Fall.

Der ohnehin enge Anwendungsbereich des § 5 Abs. 3 BetrVG wird durch diese Entscheidung erneut geschmälert. Zwar war es ständige Rechtsprechung, dass bloße Titularprokuristen keine leitenden Angestellten gemäß Nr. 1 sind. Nunmehr sind jedoch regelmäßig Prokuristen mit Leitungsfunktionen gleichfalls keine Leitenden, wenn sich die Führungsaufgaben in Stabsfunktionen erschöpfen. Bezüglich der Nr. 1 der Norm bestätigt das BAG seine Rechtsprechung, wonach die Personalkompetenz nicht „von der Zustimmung einer anderen Person abhängig sein“ dürfe. Beide Vorgaben werden der Praxis kaum gerecht. Die unterschiedliche Behandlung von Stabs- und Linienfunktionen ist nicht sachgerecht. Angesichts des in der Wirtschaft vorherrschenden Vier-Augen-Prinzips ist auch das Postulat, die Ausübung der Personalkompetenz dürfe nicht von der Zustimmung einer anderen Person abhängig sein, mit den

Betriebsrealitäten kaum in Einklang zu bringen.

Bedeutung erlangt die Statusfrage in der Praxis häufig nicht vor einem betriebsverfassungsrechtlichen Hintergrund, sondern im **Rahmen von Individualstreitigkeiten**. Denn dort führt eine Falschbehandlung in der Regel zur Unwirksamkeit der Kündigung schon mangels vorangegangener Betriebsratsanhörung. Die Kündigung eines leitenden Angestellten ohne vorherige vorsorgliche Anhörung des Betriebsrates ist folglich ein „Kunstfehler“. Denn angesichts der hohen Anforderungen, welche die Rechtsprechung stellt, verbleibt regelmäßig ein Restrisiko. Erschwert wird die Situation für den Praktiker zudem durch die **unterschiedlichen Anforderungen in § 5 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG und § 14 Abs. 2 KSchG**.

Denn während hier die Befugnis zur selbständigen Einstellung und Entlassung gefordert wird, ist dort die entsprechende Befugnis zur Einstellung oder Entlassung ausreichend. Ein klärendes Wort des Gesetzgebers zu dem Gesamtkomplex ist seit Jahren angezeigt.

stefan.lunk@lw.com

- **Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats zur Einstellung eines Leiharbeitnehmers**

Die Arbeitsaufnahme von Leiharbeitnehmern im Entleihbetrieb ist eine Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG. Der Betriebsrats des Entleihbetriebes ist daher vor dem Tätigwerden eines Leiharbeitnehmers gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG zu beteiligen. Sofern ein Grund im Sinne des § 99 Abs. 2 BetrVG gegeben ist, kann der Betriebsrat auch bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern seine Zustimmung verweigern. In der Praxis erfolgt die Zustimmungsverweigerung von Betriebsräten häufig mit der Begründung, die Vergütung des Leiharbeitnehmers verstieße gegen die §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9

Nr. 2 AÜG („Equal-Pay-Gebot“).

Eine solche Konstellation lag auch dem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 21. Juli 2009 (1 ABR 35/08) zugrunde. Die Arbeitgeberin, ein Zeitungsverlag, unterrichtete ihren Betriebsrat über die beabsichtigte Einstellung eines Leiharbeitnehmers und teilte mit, dass dessen Vergütung entsprechend der tariflichen Bestimmungen des Verleihers erfolge. Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung zur Einstellung unter Berufung auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, da die Einstellung nach seiner Auffassung gegen das in §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 9 Nr. 2 AÜG normierte „Equal-Pay-Gebot“ verstoße.

Das BAG hat wie bereits die Vorinstanzen festgestellt, dass, selbst wenn in der mitgeteilten Vergütung des Leiharbeitnehmers ein **Verstoß gegen das „Equal-Pay-Gebot“** läge, dies **kein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG** begründen würde. Nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer personellen Maßnahme nur dann verweigern, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine sonstige Norm verstößt. Geht es um die Übernahme eines Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers und damit um eine Einstellung im Sinne des § 99 Abs. 2 S. 1 BetrVG, muss diese als solche untersagt sein. D. h. ein Zustimmungsverweigerungsrecht kann sich nur aus Normen ergeben, deren Zweck es ist, die Einstellung als solche zu verhindern. Dies ist bei dem in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG normierten „Equal-Pay-Gebot“ gerade nicht der Fall. Eine Verletzung des „Equal-Pay-Gebots“ begründet für den Betriebsrat des Entleihbetriebes kein Zustimmungsverweigerungsrecht hinsichtlich der Einstellung.

Dieses Ergebnis begründet das BAG mit der Gesamtkonzeption des AÜG. Die Folgen einer Verletzung des

Gleichstellungsgebots sind im AÜG geregelt. Gemäß § 3 Abs. 1 AÜG ist die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung oder deren Verlängerung zu versagen, wenn ein Arbeitgeber gegen das „Equal-Pay-Gebot“ verstößt. Außerdem kommt nach §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG die Rücknahme oder Widerruf der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung in Betracht. Verliert ein Verleiher die Erlaubnis und wird daher der zwischen ihm und dem Leiharbeitnehmer geschlossene Vertrag unwirksam, so gilt nach § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG mit dem Eintritt der Unwirksamkeit ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher als zustande gekommen. Aus der Gesamtkonzeption dieser Regelungen folgt nach Auffassung des BAG, dass im Fall eines Verstoßes gegen das „Equal-Pay-Gebot“ nicht die Übernahme des Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers als solche verboten werden soll. Die dem Arbeitgeber bei einer Verletzung des Gleichstellungsgebots zustehenden Ansprüche kommen nämlich nur dann zum tragen, wenn der Arbeitnehmer überhaupt im Betrieb des Entleihers tätig werden kann. Das BAG hat daher die herrschende Auffassung der Literatur bestätigt, wonach der Betriebsrat des Entleihbetriebs die Einstellung eines Leiharbeitnehmers nicht mit der Begründung verweigern kann, die Arbeitsbedingungen des Leiharbeitnehmers verstießen gegen das „Equal-Pay-Gebot“.

Für die Praxis bedeutet diese Entscheidung, dass die Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern nicht wirksam unter Berufung auf deren Unterbezahlung verweigert werden kann. Zu beachten ist allerdings, dass der Arbeitgeber, sofern der Betriebsrat seine Zustimmung unter Berufung auf die Verletzung des „Equal-Pay-Gebots“ verweigert, trotz dieser eindeutigen Rechtsprechung nicht umhinkommt, das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG, das in der Regel mit einem Antrag nach § 100

BetrVG verbunden ist, durchzuführen. Denn auch wenn nach dieser Entscheidung Rechtssicherheit insofern besteht, dass ein Verstoß gegen den „Equal-Pay-Grundsatz“ die Zustimmungsverweigerung nicht rechtfertigt, greift die Zustimmungsfiktion des § 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG nicht, wenn der Betriebsrat form- und fristgemäß die Einstellung eines Leiharbeitnehmers mit der Begründung verweigert, die Arbeitsbedingungen des Leiharbeitnehmers verstießen gegen das „Equal-Pay-Gebot“. Denn auch bei einer unzutreffenden Begründung des Arbeitgebers liegt eine wirksame Zustimmungsverweigerung vor, die eine Ersetzung durch das Arbeitsgericht erforderlich macht.

tina.witten@lw.com

IV. Steuerrechtliches

- **Veräußerungsgewinn eines Arbeitnehmers aus einer Kapitalbeteiligung nur bei entsprechendem Veranlassungszusammenhang Arbeitslohn**

Nach einem erst kürzlich veröffentlichten Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 17. Juni 2009 (Az.: VI R 69/09) führt der Veräußerungsgewinn aus einer Kapitalbeteiligung an einem Unternehmen nicht allein deshalb zu Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit, weil die Kapitalbeteiligung von einem Arbeitnehmer des Unternehmens gehalten und nur Arbeitnehmern angeboten worden war. In dem zugrunde liegenden Fall hatte der Steuerpflichtige, ein Vorstandsmitglied, von seinem Arbeitgeber sog. EVA-Zertifikate entgeltlich erworben. Die Zertifikate konnten leitende Angestellte des Konzerns in Form von Schuldverschreibungen erwerben, die nach einer Mindesthaltefrist von fünf Jahren zum Kurswert an die Gesellschaft

zurückgegeben werden konnten. Hiervon machte der Steuerpflichtige Gebrauch und erzielte einen Gewinn in Höhe von ca. EUR 19.000. Während der Steuerpflichtige die Auffassung vertrat, dass wegen Ablaufs der sog. Spekulationsfrist von einem Jahr (§§ 22, 23 Einkommensteuergesetz - EStG) keine steuerbaren Einkünfte vorlagen, nahm das Finanzamt Arbeitslohn an und unterwarf den Gewinn entsprechend in voller Höhe der Besteuerung. Die von dem Steuerpflichtigen nach erfolglosem Einspruchsverfahren geführte Klage wurde von dem Finanzgericht abgewiesen. Zur Begründung stellte das Finanzgericht insbesondere darauf ab, dass sich die Qualifizierung als Arbeitslohn schon daraus ergebe, dass die Zertifikate nur von leitenden Angestellten erworben werden konnten.

Dieses Argument ließ der BFH nicht gelten und hob das finanzgerichtliche Urteil auf: Arbeitslohn liege dann vor, wenn der von dem Arbeitnehmer erlangte Vorteil mit Rücksicht auf das Dienstverhältnis eingeräumt werde und sich im weitesten Sinn als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der individuellen Arbeitskraft des Arbeitnehmers erweist. **Arbeitslohn liege hingegen dann nicht vor, wenn die Zuwendung aufgrund einer - neben dem Arbeitsverhältnis - zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestehenden Sonderrechtsbeziehung einer anderen Einkunftsart oder dem nicht steuerbaren Bereich zuzuordnen sei.** Maßgeblich sei hierbei die Würdigung der Umstände des Einzelfalles. Eine solche Sonderrechtsbeziehung war nach Auffassung des BFH in dem zugrunde liegenden Fall in dem der Kapitalüberlassung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zu sehen. Allein der Umstand, dass die Zertifikate nur leitenden Angestellten angeboten worden war, schließe nicht aus, dass der erzielte Kursgewinn seine Ursache in der Kapitalüberlassung und nicht dem Arbeitsverhältnis habe, da jede Form der

Mitarbeiterbeteiligung naturgemäß auf die Arbeitnehmer bezogen sei. Insoweit gebe es **auch keinen Grundsatz, dass etwa im Fall von verbilligt ausgegebenen Aktien oder anderen Formen der Mitarbeiterbeteiligung sämtliche Kursgewinne in vollem Umfang, d.h. über die Verbilligung hinaus, als Arbeitslohn zu qualifizieren wären.** Zur Feststellung, ob trotz der bestehenden Sonderrechtsbeziehung ein lohnsteuerlich erheblicher **Veranlassungszusammenhang** besteht, verwies der BFH die Sache an das Finanzgericht zurück. Insbesondere habe das Finanzgericht zu klären, inwieweit es im Zeitpunkt des Zertifikatserwerbs zu einer verbilligten Überlassung durch den Arbeitgeber gekommen sei, da in diesem Fall die Sonderrechtsbeziehung letztlich doch aus dem Arbeitsverhältnis resultieren und dementsprechend zu Arbeitslohn führen könne.

Erfreulich ist, dass der BFH mit dem Urteil nunmehr eine klare Aussage dahingehend trifft, dass im Rahmen von Mitarbeiterbeteiligungen nicht allein die Begrenzung des Abnehmerkreises zur Annahme von Arbeitslohn führt. Unberührt hiervon bleibt freilich auch bei Vereinbarung eines Sonderrechtsverhältnisses die Prüfung anhand des Einzelfalles dahingehend, ob sich die Qualifizierung als Arbeitslohn aufgrund anderer vom BFH entwickelter Kriterien (z.B. fehlendes Verlustrisiko, verbilligte Überlassung etc.) die Veranlassung im Arbeitsverhältnis ergibt.

henrik.lay@lw.com

- **Zusammenballung von Einkünften trotz minimaler Teilleistung in anderem Veranlagungszeitraum**

Dem ebenfalls kürzlich veröffentlichten Urteil des BFH vom 25. August 2009 (Az.: IX R 11/09) lag ein Sachverhalt zugrunde, nach dem der Steuerpflichtige aus einem im Jahr 2006 mit

seinem Arbeitgeber geschlossenen Aufhebungsvertrag eine einmalige Abfindungszahlung in Höhe von EUR 77.257 erhalten sollte. Die Auszahlung der Abfindungszahlung erfolgte aber entgegen der getroffenen Abrede in zwei Teilbeträgen, nämlich in Höhe von EUR 1000 in 2006 und in Höhe von EUR 76.257 in 2007. Das Finanzamt versagte daraufhin die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes nach § 34 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2, § 24 Nr. 1 EStG mit dem Argument, dass es an der für die Anwendung der Tarifiermäßigung erforderlichen Zusammenballung von Einkünften fehle. Dieser Argumentation folgte weder das Finanzgericht noch der BFH. Zwar stellt der BFH klar, dass es entsprechend seiner ständigen Rechtsprechung ungeachtet eines etwaigen Progressionsnachteils an einer Zusammenballung typischerweise fehlt, wenn eine Entschädigung in zwei oder mehreren verschiedenen Veranlagungszeiträumen gezahlt wird. Dies gelte jedoch nicht ausnahmslos, da es sonst zu einer im Gesetz nicht vorgesehen Härte im Hinblick auf die Tarifiermäßigung komme. Jedenfalls wenn - wie im zugrunde liegenden Fall - lediglich eine minimale Teilleistung in einem anderen Veranlagungszeitraum gezahlt werde, sei dies für die Anwendbarkeit der Tarifiermäßigung unschädlich.

henrik.lay@lw.com

- **Zeitpunkt des Zuflusses bei Abfindungen**

Im Zusammenhang mit dem Zufluss von Abfindungszahlungen ist auf zwei finanzgerichtliche Entscheidungen (FG Baden-Württemberg vom 20. November 2008, Az.: 3 K 101/05 sowie Niedersächsisches FG vom 19. Februar 2009, Az.: 5 K 73/06) hinzuweisen, die derzeit vor dem BFH (IX R 1/09 bzw. IX R 14/09) anhängig sind. In beiden Verfahren geht es um die Frage des maßgeblichen Zuflusszeitpunkts, wenn

der Auszahlungszeitpunkt einer in einer Betriebsvereinbarung vereinbarten Abfindung einvernehmlich verschoben wird. Während die Finanzgerichte unter anderem unter Verneinung des Vorwurfs des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO) den Zufluss erst im Zeitpunkt der Auszahlung bejahen, verfolgt die Finanzverwaltung mit der beim BFH eingelegten Revision das Ziel, das für die Frage des Zuflusses auf den Zeitpunkt der in der Betriebsvereinbarung angelegten Fälligkeitstermin abzustellen ist. Bis zu einer Entscheidung des BFH sollten daher etwaige anderslautende Bescheide - soweit sie nicht ohnehin gem. § 165 Abs. 1 Nr. 4 AO für vorläufig erklärt werden - offen gehalten werden.

henrik.lay@lw.com

V. Kurzmittelungen

- **Equal Pay durch Computerprogramm?**

Anlässlich des **Equal Pay Day 2009** stellte die frühere Familienministerin Ursula von der Leyen ein „Dossier Entgeltungleichheit zwischen Frauen und Männern in Deutschland“ vor. Das Dossier fasst Informationen und Daten zum Thema Lohnungleichheit zwischen Frauen und Männern zusammen. Nach der Studie **verdienen Frauen** in Deutschland im Durchschnitt **23 % weniger als ihre männlichen Kollegen**. Damit liegt Deutschland im EU-Vergleich auf dem siebtletzten Platz. Bei Hochschulabsolventen und Führungskräften ist der Abstand noch größer. Ziel des Dossiers Entgeltungleichheit ist es, Ursachen der Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern aufzuzeigen und Handlungswege zur Reduzierung der Lohnlücke darzulegen.

Als ein Instrument zur Verringerung der Lohnlücke will das Bundesfamilienministerium für

Unternehmen das **Programm Logib-D** anbieten. Mit diesem Programm auf Excel-Basis können Unternehmen untersuchen, ob sie unterschiedliche Löhne für gleiche Arbeit zahlen. Der Selbsttest ermöglicht es zu prüfen, **ob es deutliche Entgeltunterschiede zwischen Frauen und Männern gibt und was die Gründe dafür sind**. Das Programm befindet sich in Deutschland in einer Pilotphase und wird von verschiedenen Unternehmen getestet. Nach Abschluss der Pilotphase soll es für alle Unternehmen kostenlos zum Download im Internet bereitgestellt werden.

norma.studt@lw.com

VI. Vorträge und Seminare

- **Seminar für Personaler**

Der Management Circle bietet erneut in seiner Reihe „Fachlehrgang mit Zertifikat“ das dreitägige Seminar **„Der/Die zertifizierte Personalreferent/in“** an. In der Veranstaltung werden am ersten Tag Instrumente des modernen

Personal-Managements vorgestellt, am zweiten Tag Gesprächstechniken für die erfolgreiche Kommunikation vermittelt und am dritten Tag Kernfragen des Arbeitsrechts besprochen.

Frau **Dr. Studt** aus unserem arbeitsrechtlichen Dezernat wird in dieser Reihe wiederum jeweils den dritten Tag als Seminarleiterin gestalten und zu den arbeitsrechtlichen Themen referieren, u.a. Vertragsgestaltung unter AGB-Kontrolle, Teilzeit und Befristung, Abmahnung und Kündigung sowie Betriebsverfassungsrecht.

Die **Veranstaltungstermine:**

8. – 10. März 2010 in Frankfurt/M.

12. – 14. April 2010 in München

Das vollständige Veranstaltungsprogramm einschließlich Anmelde- und Kosteninformationen lassen wir Ihnen bei Interesse gern zukommen. Bitte wenden Sie sich an Frau Dr. Studt.

norma.studt@lw.com

Abu Dhabi
Barcelona
Beijing
Brussels
Chicago
Doha
Dubai
Frankfurt
Hamburg
Houston
Hong Kong
London
Los Angeles
Madrid
Mailand
Moskau
München
New Jersey
New York
Orange County
Paris
Rom
San Diego
San Francisco
Shanghai
Silicon Valley
Singapore
Tokio
Washington, D.C.

Arbeitsrecht Aktuell wird von Latham & Watkins LLP für Mandanten und andere Geschäftspartner herausgegeben. Die hierin enthaltenen Informationen dienen nicht als konkreter Rechtsrat. Bei weitergehendem Bedarf an Ausführungen oder Beratung über ein hier dargestelltes Thema wenden Sie sich bitte an einen der unten genannten Rechtsanwälte oder Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause.

Falls Sie eine Aktualisierung Ihrer Kontaktdaten oder eine Anpassung der Informationsmaterialien wünschen, besuchen Sie bitte die Seite www.lw.com/LathamMail.aspx für das weltweite Mandanten-Mailing-Programm von Latham & Watkins.

Prof. Dr. Stefan Lunk
stefan.lunk@lw.com

Claudia Heins
claudia.heins@lw.com

Dr. Norma Studt
norma.studt@lw.com

Dr. Tina Witten
tina.witten@lw.com

Dr. Tobias Leder
tobias.leder@lw.com

Dr. Christian Müller
christian.mueller@lw.com

Daniel Stolz
daniel.stolz@lw.com

Hamburg
Latham & Watkins LLP
Warburgstraße 50
20354 Hamburg
Tel.: +49.40.4140.30
Fax: +49.40.4140.3130

Frankfurt
Latham & Watkins LLP
Reuterweg 20
60323 Frankfurt
Tel.: +49.69.6062.6000
Fax: +49.69.6062.6700

München
Latham & Watkins LLP
Maximilianstraße 11
80539 München
Tel.: +49.89.2080.3.8000
Fax: +49.89.2080.3.8080